



DOCTRINA

Edição Comemorativa

30 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Maio
2019

Mandados de Criminalização:
Instrumentos de Proteção dos
Direitos Humanos ou de
Expansão do Direito Penal

Rogério Schietti Cruz
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS OU DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

*Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz**

1. HISTÓRICO

Não obstante o tema dos mandados de criminalização venha sendo tratado pela doutrina nacional desde a década de 1990 e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376/MS (Tribunal Pleno, julgado em 9/2/2006), vale salientar que o surgimento desse instituto remonta, pelo menos, à década de 1940.

De fato, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, aprovada pela Resolução 260 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9/12/1948, ratificada pelo Brasil em 4/4/1951 e promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6/5/1952, constituiu o primeiro mandado de criminalização, no âmbito do direito internacional, cujo objeto é a tutela de um direito fundamental, o direito à vida, em que os Estados-partes “confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir”, assumindo o compromisso de “estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio”.

* Doutor e Mestre em Direito Processual (USP).

Por sua vez, as quatro Convenções de Genebra de 1949 também contam com mandato expresso de criminalização, a partir da ideia de jurisdição universal. Prescrevem que os Estados-partes são obrigados a perseguir criminalmente as pessoas acusadas de violações do direito humanitário internacional ou, ao menos, entregar tais pessoas a outro Estado contratante para que seja feita a punição criminal. De acordo com os dispositivos convencionais, as partes contratantes (o Brasil é parte em todas) estão obrigadas a localizar as pessoas que cometeram graves violações dos direitos neles tutelados, bem como a processá-las, não importando a nacionalidade destas, ou então, entregá-las para julgamento em outro Estado contratante.

Como “os mandados (implícitos) de criminalização presumem a atividade judicial de interpretar textos normativos”¹, o referido instituto desenvolveu-se enormemente com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, da Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A par dos esforços recentes do STF em dirimir eventuais dúvidas sobre os contornos do instituto, talvez “um dos mais difíceis [temas] da dogmática dos direitos fundamentais: saber se um fato deve, ou não, ser considerado crime” (ADI n. 3.112/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski), certo é que uma investigação sobre como se desenvolveu o entendimento dessas Cortes pode resultar em alguma utilidade para a compreensão do estado atual da discussão doutrinária no direito penal brasileiro.

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO – PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO – DESENVOLVIMENTO TEÓRICO¹¹¹

Um dos antecedentes do desenvolvimento teórico dos mandados implícitos de criminalização surgiu com Peter Lerche, nos anos 1960, que,

¹ Robert Alexy, ao estudar os enunciados deonticos, os classifica em mandados, proibições e permissões. Assim, o termo “mandado” é próprio de um discurso jurídico prescritivo, que qualifica uma ação como obrigatória, dirigido, no caso em estudo, ao Poder Legislativo.

em sua *Übermass und Verfassungsrecht*, propôs questão que se opunha à estrutura tradicional de relação entre os poderes constituídos e entre esses e a Constituição: continuaria o Poder Legislativo a ser um poder livre nas suas finalidades, ou, pelo contrário, seria possível o desenvolvimento de uma doutrina da discricionariedade legislativa lastreada na noção de Estado Social e Democrático de Direito?^{III} Essa teoria buscava a conformação da realidade social mediante a irradiação das normas constitucionais, cuja eficácia imediata vinculava igualmente os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

O próximo passo foi o surgimento de constituições – dirigentes, na expressão de Canotilho – que concretizaram esse novo paradigma, por meio de textos de cunho (a) emancipatório, pelo evidente desejo de tornar a realidade social mais igualitária; (b) analítico, por querer tratar de todos os campos da experiência social; e (c) programático, por eleger programas ditados pelo constituinte sobretudo ao Poder Legislativo, que passou a ter de conviver com o dirigismo constitucional^{IV}.

A transição de um sistema constitucional baseado em mandados de criminalização para um modelo fundamentado em mandados implícitos de criminalização foi concluída, na Alemanha, em decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Alemão, de 1975, a “*Schwangerschaftsabbruch I*”, ocasião em que julgou inconstitucional o § 218a², introduzido ao Código Penal Alemão pela 5ª Lei de Reforma do Direito Penal de 1974, que instituía uma dirimente especial no aborto.

Até então, a tipificação do crime de aborto não comportava exceções e as causas excludentes da ilicitude eram consideradas segundo os princípios do estado de necessidade. A nova redação do § 218 até 220 prevista pela referida Lei de Reforma do Direito Penal de 1974 considerava como agente criminoso somente quem interrompeu a gravidez depois do 13º dia após a concepção (§ 218, I). Ademais,

o aborto praticado por um médico com a concordância da grávida não seria punível segundo o § 218, desde que respeitado o limite

² BVerfGE 39, 1.

de 12 semanas desde a concepção (§ 218a – Regra do prazo). Além disso, “o aborto perpetrado por médico com a anuência da grávida depois de transcorrido o prazo de doze semana não seria punido segundo o § 218, quando ele fosse indicado, segundo os reconhecimentos das ciências medicinais, para se evitar um perigo para a vida da grávida, ou porque houvesse sérias razões para crer que o filho, por causa de um disposição genética ou de influências danosas antes do nascimento, sofreria de uma deficiência insanável de seu estado de saúde, que fossem tão graves, de tal sorte que não se pudesse mais exigir da mulher o prosseguimento da gravidez, desde que após a concepção não tivessem passado mais do que 22 semanas (§ 218, n. 2 – indicação eugênica)”^V.

O Tribunal Constitucional alemão, ao analisar a compatibilidade com os direitos fundamentais da norma que fixava o período de 12 semanas a partir da gravidez em que seria lícito abortar, sustentou, pela primeira vez, a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização, sob o argumento de que, na hipótese de a proteção ordenada constitucionalmente não poder ser alcançada de outro modo, cabe ao legislador ordinário valer-se do direito penal, com o objetivo de proteger e garantir a vida em desenvolvimento.

Como se sabe, na tradição alemã, o caráter originário dos direitos fundamentais à vida e à incolumidade física – que surgiram, “sem precedentes na história constitucional alemã, sob o impactos das atrocidades nazistas”^{VI} – decorria do “direito de resistência contra a intervenção estatal (*Abwehrrecht*)”. Contudo, o Tribunal Constitucional Federal, desde a primeira decisão sobre o aborto (BVerfGE 39), vem desenvolvendo uma dogmática expandida a outros direitos fundamentais baseada no dever de tutela estatal (*staatliche Schutzpflicht*) em face de agressões provenientes de particulares, a partir da noção de dignidade humana, a constituir o dever estatal de tutela, *in verbis*:

Não se trata, destarte, de um dever “absoluto” de penalizar, porém da obrigação “relativa” de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios.

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a

obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas. Nisso, a situação jurídica na utilização de instrumentos do direito social [previdenciário] ou civil não é fundamentalmente diversa do que ocorre junto à promulgação de uma norma penal. As diferenças existem, quando muito, em relação à gravidade da intervenção necessária. [...] ^{VII}.

O Tribunal Constitucional Alemão, então, decidiu que “o Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva” (BVerfGE 39). Concluiu que “a proibição de insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente” (BVerfGE 39).

De fato, a Corte alemã aduziu que a imposição do comportamento esperado de proteção da vida intrauterina não pode se limitar a expectativas de voluntariedade. Deve ser, pelo contrário, consubstanciada em mandamentos jurídicos (“vinculantes e positivados com consequências jurídicas”), pois, embora a cominação de pena não seja a única sanção possível, ela pode engendrar, de maneira especialmente duradoura, a observância desses mandamentos legais ^{VIII}.

Não obstante seja próprio das democracias representativas o papel central conferido ao legislador – que há de trabalhar com base na constituição –, é inevitável a tensão entre as decisões da maioria parlamentar e a atividade própria da Corte constitucional na sua função de garantir a supremacia da Constituição.

Exemplo dessa tensão pode ser observado na tarefa do legislador de tutelar os valores impressos na carta política (a preservação da ordem

econômica, a proteção da infância, do meio ambiente, etc.) a partir de sua dimensão de direitos de proteção, o que acaba por atribuir ao legislador a competência (entre outras) para criar tipos penais e impor sanções com uma expressiva margem de discricionariedade.

Todavia, a Constituição não oferece nenhuma resposta apriorística quanto à necessidade de tutela de um direito via a edição de normas penais; cabe ao Poder Legislativo estabelecer a necessidade de utilização do direito penal como última *ratio*.

O advento do Estado Social de Direito viabilizou a superação do conteúdo dos direitos fundamentais, antes restritos aos direitos próprios do Estado Liberal (direitos de defesa), ao gerar um novo tipo de vinculação, de caráter positivo, em que os direitos fundamentais impõem ao Estado um conjunto de “deveres de proteção”.

Ao mesmo tempo, os direitos fundamentais deixam de ser, na dimensão positiva, meras normas programáticas e se convertem em direitos subjetivos a obter do Estado uma proteção efetiva, inclusive por meio da imposição ao legislador do dever de expedir leis penais. Portanto, os direitos fundamentais obrigam o legislador a determinados mandamentos e proibições (implícitos e explícitos), limites dentro dos quais é permitido ao legislador estabelecer a política criminal que considere adequada.

É conhecido o exemplo dado por Alexy^{IX}, segundo o qual os direitos fundamentais estabelecem o constitucionalmente necessário (os mandamentos) e o constitucionalmente impossível (as proibições), remetendo o legislador ao extenso terreno do constitucionalmente permitido. O “constitucionalmente impossível” decorre da dimensão negativa dos direitos fundamentais – consiste na proibição de que a lei penal intervenha em excesso nos direitos fundamentais do indivíduo –, enquanto o “constitucionalmente necessário” advém dos direitos de proteção, isto é, do dever de os bens mais preciosos do indivíduo serem protegidos pelo legislador de maneira eficaz contra as intervenções do estado e dos particulares. Por fim, o “constitucionalmente possível” se insere nos limites anteriormente traçados pelos mandamentos e pelas proibições – sem prefiguração no texto constitucional –, o que é próprio da política criminal punitiva de uma democracia.

A questão daí decorrente cinge-se à fixação de método a fim de aferir-se o que, do ponto de vista constitucional, é impossível, necessário ou meramente possível.

Com efeito, se os direitos fundamentais são *princípios*, portanto, mandamentos de otimização, então devem sofrer ponderação, o que possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade^X. Vários caminhos foram desenvolvidos e, entre eles, dois refletem posições absolutamente antagônicas na doutrina: (a) o indicado por Robert Alexy, que se baseia em sentenças racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância, nos moldes do sistema inaugurado com a sentença Lüth, de 1958^{XI}, e (b) o indicado por Habermas, que afirma faltarem critérios racionais para a ponderação. Deve esta se realizar arbitrariamente, segundo modelos hierárquicos, pois, no exame de proporcionalidade em sentido estrito, somente a subjetividade do examinador se faz valer. Habermas alega, ainda, que, na ponderação de valores, o direito é retirado do âmbito do correto e do falso e transferido para um espaço definido pela conveniência e pela discricionariedade^{XII}.

Daí a construção do princípio da proporcionalidade – que a doutrina entende como inerente ao Estado de Direito^{XIII} –, que, na sua origem alemã, apresenta dois significados: (a) a proibição do excesso (*Übermassverbot*) – cujos destinatários são tanto o Poder Legislativo, que deve estabelecer penas em abstrato proporcionais à gravidade do delito, quanto o Poder Judiciário, cujos membros devem impor ao autor do delito penas proporcionais à sua concreta gravidade – e (b) a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), expressão cunhada por Claus-Wilhelm Canaris para definir a proibição, emanada da Constituição, de que a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais concretizem os direitos fundamentais abaixo de um certo mínimo de proteção^{XIV}. Tais critérios de investigação das omissões legislativas devem ser aplicados diante do risco de não se oferecer um máximo nível de asseguramento dos direitos de proteção. Isso porque, interpretados como princípios, os direitos de proteção exigem que o legislador tenha como ponto de partida a outorga de máximo resguardo; caso contrário, a falta de proteção ótima deve ser avaliada sob o critério de vedação à proteção deficiente.

Carlos Bernal Pulido salienta esse entendimento sob a ótica da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “a Constituição impõe a proteção como resultado, mas não a sua conformação específica”, isto é, inicialmente, fundamenta-se a existência do dever de proteção e, em seguida, verifica-se se o direito infraconstitucional satisfaz esse dever de proteção ou apresenta insuficiências, de modo a determinar-se a eficiência da atuação estatal^{XV}.

Por fim, vale salientar que a doutrina alemã entende que o direito processual não se limita à função instrumental do direito material, visto que encarna os princípios da verdade e da justiça, motivo pelo qual essa característica do processo penal deve ser considerada na atividade de ponderação dos valores constitucionais concretizados pelas normas em conflito. Além da aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal a partir da Constituição, em nome da “justiça processual”, são motivos para a limitação dos direitos fundamentais no processo penal o interesse estatal na proteção de direitos fundamentais, o adequado desenvolvimento do processo e o funcionamento das instituições processuais^{XVI}.

3. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos, não obstante a ausência de previsão de mandados de criminalização expressos no texto convencional, reconheceu o dever dos Estados de investigar e denunciar criminalmente os autores de violações a determinados direitos fundamentais³.

³ Releva anotar, a propósito, que das 7 condenações sofridas pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em cinco delas a razão principal para formar o convencimento dos juízes daquele Tribunal foi a omissão ou atraso indevido do Estado brasileiro na apuração e punição dos autores de crimes de homicídio contra nacionais (ver, a respeito, os acórdãos proferidos pela Corte Interamericana nos casos Ximenes Lopes, Nogueira de Carvalho, Sétimo Garibaldi, Gomes Lund, Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde e no mais recente, o Caso Nova Brasília - Cosme Rosa Genoveva e outros). Outras denúncias não chegaram a ser decididas pela CIDH, porque encontraram solução na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em um caso notório, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil* (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso 12.051, Relatório 54/01, 4 de abril de 2001) – no qual o Poder Judiciário,

Essa conclusão adveio da análise de dois dispositivos convencionais: o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece os deveres genéricos de garantia e respeito aos direitos humanos, e o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê o direito à proteção judicial e ao devido processo legal por parte de todos os indivíduos.

A CIDH, no *caso Velásquez Rodríguez*⁴, sustentou que o dever de investigar, processar e punir criminalmente é fruto do disposto no art. 1.1 da Convenção, sob o argumento de que da obrigação de garantia do respeito aos direitos protegidos pela convenção decorre o dever de prevenir a ocorrência de novas violações. Como consequência, a CIDH reconheceu a existência de mandados implícitos de criminalização.

A Corte entendeu que “para que se puna criminalmente é necessário que o Estado tenha antes tipificado a conduta em tela”^{xvii}, nascendo, assim, “novas ordens de tipificação penal aos Estados”^{xviii}.

passados dezessete anos das tentativas de homicídio da denunciante pelo seu marido, ainda não proferira sentença definitiva, com risco iminente de prescrição –, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, concluiu que, “a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil”, recomendando, entre outras medidas, a implementação de medidas de capacitação dos funcionários judiciais e policiais especializados a fim de não tolerarem a violência doméstica; a simplificação dos procedimentos judiciais penais; bem como a multiplicação do número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher. Em outro caso, conhecido como o *Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão v. República Federativa do Brasil* (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Casos 12.426 e 12.427. Solução amistosa de 15 de março de 2006) – relativo a uma série de 28 homicídios praticados no Estado do Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos entre 1991 e 2003 –, o Brasil firmou acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que reconheceu a ineficiência da proteção penal, além de assumir uma série de compromissos em decorrência disso, entre eles, o dever de “apurar a responsabilização do réu confesso [então] preso, dentro do marco do devido processo legal e do respeito aos direitos humanos, [bem como] o compromisso de persistir em eventuais investigações e sanção de outros possíveis responsáveis”.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentença de 29/7/1988.

Esse posicionamento da Corte consolidou-se com o julgamento de diversos casos, entre eles o *caso Suarez Rosero*⁵, no qual ela estabeleceu o dever do Estado equatoriano de investigar e punir as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos.

No *caso Villagrán Morales y otros*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos processou a Guatemala pela absolvição dos acusados dos homicídios de cinco meninos de rua guatemaltecos, o que demonstra grave violação ao dever de investigar e punir. Mesmo a Guatemala apresentando, em suas Exceções Preliminares, a objeção de coisa julgada *pro reo*, a CIDH, depois de indeferir o pedido preliminar, confirmou o princípio segundo o qual todo ato judicial é sujeito à apreciação internacional no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, *in verbis*:

Esta Corte ha señalado con claridad que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad⁶.

Quanto ao art. 25 da Convenção, a CIDH decidiu que “o direito de acesso à justiça e o direito ao devido processo legal não cabe somente ao acusado, mas também à vítima das violações e seus acusados”^{XIX}.

A vítima torna-se detentora da legitimidade para exigir punição penal aos autores de violações de direitos humanos. No *caso Genie Lacayo* (conhecido como caso da comitiva de Ortega), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos acusou a Nicarágua de desídia na aplicação do direito penal contra os responsáveis pelo assassinato de Jean Paul Genie Lacayo, jovem que morreu metralhado pela escolta do General Humberto Ortega.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Suarez Rosero*, Sentença de 12/11/1997, parágrafo 107.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Villagrán Morales y Otros*, Sentença de Mérito de 19/11/1999, parágrafo 226.

A CIDH reconheceu a violação do direito ao devido processo legal (art. 8.1 da Convenção), revelando papel (inédito) da vítima no processo penal de exigir a punição dos autores das violações de direitos humanos.

André de Carvalho Ramos leciona no sentido de que a função dissuasória da sanção penal foi reconhecida por esses julgados da Corte Interamericana, ao salientar que

esse dever de prevenção consiste, para a CIDH, no conjunto de todos os meios de natureza legal, política, administrativa e cultural que promova a proteção de DH e assegura que todas as violações sejam consideradas e tratadas como atos ilícitos, os quais, como tais, acarretam punição dos responsáveis e na obrigação de indenizar as vítimas^{XX}.

Nesses termos, como consequência lógica, “a tipificação penal é tida como essencial para que se realize o efeito dissuasório ou preventivo contra a conduta atacada”^{XXI}. Para Ramos, “para que os DH sejam emancipatórios e universais é necessário que os autores das violações sejam punidos para que seus exemplos não se propaguem ou para que não repitam a conduta em futuras ocasiões”^{XXII}. Assim, não se trata de vingança ou retribuição, pois

a repressão das condutas criminais que lesionam os direitos humanos é corolário da sua própria proteção: daí a proibição de uma insuficiência do Direito Penal nessa seara. Somente assim, através da punição dos violadores dos direitos humanos é que se poderia garantir o tratamento isonômico, pois evita a punição setorizada (mormente os desfavorecidos) da população, e o respeito ao Estado de Direito^{XXIII}.

Daí porque também a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao interpretar o art. 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos – que prevê o direito a remédio judicial –, nele incluiu a obrigação do Estado de investigar e punir criminalmente.

No *caso X e Y contra Holanda*, em função de dispositivo da legislação criminal holandesa que limitava o direito de queixa penal exclusivamente à vítima (no caso, o crime foi contra a liberdade sexual),

como a vítima era incapaz, inviabilizava-se a persecução penal. A Corte afastou a alegação do governo de suficiência da ação cível, considerando-a um remédio inadequado como reparação, nestes termos:

The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated⁷.

A CEDH, então, condenou o Estado holandês, que, nos termos do antigo art. 50 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, reparou o dano ao modificar o seu Código Penal⁸, para adicionar a possibilidade de os representantes legais de incapaz representarem penalmente contra o ofensor sexual da vítima.

Outros casos da Corte Europeia que poderiam ser mencionados em sentido próximo, ainda que não exatamente o mesmo tema, seriam os casos *Osman v. UK*⁹ e *Siliadin v. France*¹⁰.

⁷ CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *X & Y vs. Netherlands*, Sentença de 26/3/1985, Série A, n. 91, parágrafo 27.

⁸ Rui Carlo Dissenha, em artigo intitulado “Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional”, observa que Estado brasileiro adotou o mesmo caminho: “por conta de algumas obrigações internacionais assumidas, o legislador nacional efetivamente alterou o sistema penal e incluiu tipos específicos, estabeleceu modificações processuais, aumentou penas e criou dispositivos punitivos próprios atendendo aos tratados internacionais aos quais se vinculou – outra saída não teria, na verdade, sob pena de acabar mesmo sendo responsabilizado na esfera internacional pelo descumprimento de tratados. Exemplos são os casos da criminalização da tortura (com a edição da lei 9455/97 o Brasil atende especialmente às determinações da Convenção da Tortura), da discriminação racial e os “hate crimes” que lhe são conexos (vejam-se a Lei 7716/89 e as alterações ao Código Penal determinadas pelas leis 9459/97 e 10741/03), da violência contra a mulher (da Convenção de Belém do Pará decorreu o tratamento específico destinado à violência doméstica (Lei 10886/2004) e à violência doméstica contra a mulher (Lei n. 11.340/2006 – a famosa “Lei Maria da Penha”), e a já antiga criminalização do genocídio (criação da lei 2889/56, provocada pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948)”.

⁹ CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Osman v. The United Kingdom*. N. 87/1997/871/1083. Sentença de 28/10/1998.

¹⁰ CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Siliadin v. France*. N. 87/1997/871/1083. Sentença de 26/7/2005.

Logo, segundo a Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma das inúmeras consequências da violação de direitos humanos é a necessidade de investigação e persecução penal.

Nessa mesma diretriz, Flávia Piovesan leciona que “em um Estado Democrático de Direito, a vítima de um crime tem o direito fundamental à proteção judicial, não podendo a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (como prevê o art. 5º, XXXV, da CF/1988)”, visto que “ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário conjugam-se o dever do Estado de investigar, processar e punir aqueles que cometeram delitos”^{XXIV}.

4. TRATAMENTO DO TEMA PELO STF

No Brasil, o STF inaugurou essa discussão no julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376/MS (Tribunal Pleno, julgado em 9/2/2006), no âmbito do qual se questionava se a negativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento – para fins de incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais componentes dos “crimes contra os costumes”, nos termos do art. 107, VII, do CP – violava o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que previa a obrigação do Estado brasileiro de proteger, de modo especial, a família. O acórdão, por maioria, ao negar provimento ao recurso extraordinário, afastou o reconhecimento da união estável, salientando que a hipótese de extinção de punibilidade já havia sido revogada pela Lei n. 11.106/2005. O Ministro Gilmar Mendes, então, ofereceu voto-vista em que sustentou a proibição da proteção deficiente em matéria penal dos direitos fundamentais. Pela primeira vez na história do STF, sustentou-se que:

quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental^{XXV}.

Nesse mesmo sentido, a doutrina também de Gilmar Mendes, ainda na década de 1990, já havia tratado do tema, *in verbis*:

5. Direitos fundamentais e dever de proteção

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*SchutzpflichtdesStaats*).

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “*adversário*” (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*GrundrechtsfreundoderGrundrechtsgarant*).

É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão

de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*).

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

- a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- (b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;
- (c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental^{XXVI}.

Mais recentemente, a doutrina traçou interessantes notas acerca da possibilidade de corte constitucionais revisarem os diagnósticos e as prognoses realizadas pelo Poder Legislativo:

[...] a Corte Constitucional não estaria legitimada a proceder ao exame sobre a adequação de uma dada medida legislativa, porquanto ela não estaria em condições de verificar a existência de outro meio igualmente eficaz e, ainda que isso fosse possível, de confirmar se esse exame seria realizável por parte do legislador.

[...] a Corte constitucional alemã recusou o argumento formal quanto à sua incompetência para proceder à aferição dos fatos legislativos, observando que a Constituição confiou-lhe a guarda dos direitos fundamentais em face do legislador e que, portanto, se da interpretação desses direitos decorre limitação para o legislador, deve o tribunal dispor de condições para exercer essa fiscalização^{XXVII}.

Na ADI 3.112/MS, o STF ressaltou que “devemos ter em mente os limites, sempre imprecisos, que demarcam a atividade legislativa e seu controle judicial, o que nos remete também às tensões entre controle de constitucionalidade e democracia, direitos humanos e soberania popular”¹¹.

Não obstante tais dificuldades, considerou “questão de importância capital para o exercício das atividades jurisdicionais das Cortes Constitucionais [a] possibilidade de exame de fatos legislativos ou prognoses legislativas aceitos ou adotados pelo legislador ao promulgar uma dada norma”¹², para, logo em seguida, concluir, com base em extensa digressão sobre a evolução da dogmática alemã, que os mandatos constitucionais de criminalização delimitam a liberdade de configuração do legislador penal.

Após ressaltar que “a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo ‘catálogo’ de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia”, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, analisou o papel da reserva legal proporcional, a proibição de excesso como limite máximo e a proibição de proteção insuficiente como limite mínimo da intervenção legislativa penal, *in verbis*:

[...]

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo “catálogo” de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa idéia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida

¹¹ ADI n. 3.112, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 2/5/2007, DJe 26/10/2007, p. 28, RTJ, v. 206-02, p. 538.

¹² ADI n. 3.112, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 2/5/2007, DJe 26/10/2007, p. 28, RTJ, v. 206-02, p. 538.

pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Überschussverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. [...]

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A idéia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Überschussverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (*Untermassverbot*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação

quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.¹³

5. CONCLUSÃO

Os mandados constitucionais implícitos de criminalização, tal como desenvolvido no Tribunal constitucional alemão, na CIDH, na CEDH e no STF, partindo da noção de direito fundamental, estabelecem a necessidade de uma fundamentação de índole constitucional para a criação de normas penais incriminadoras, baseada nos bens jurídico-penais inscritos no texto constitucional, e, por consequência, a imposição dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais, cuja realização está ligada ao Princípio da Proibição de Proteção Deficiente^{XXVIII}.

Fica a pergunta se a teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização, com base na teoria dos direitos fundamentais, é compatível com a expressiva limitação da liberdade de conformação do legislador penal. Essa discussão se dá no âmbito da crise de modernização do Direito Penal^{XXIX}, entendida como a tendência, nas duas últimas décadas, de implementar alterações estruturais paradigmáticas, a ponto de comprometer a própria identidade liberal do direito penal do pós-guerra. Alguns autores defendem que esse cenário foi viabilizado pela alegada necessidade de expansão da atuação penal, em resposta a uma nova criminalidade, quantitativa e qualitativamente desafiadora.

Essa divergência foi bem demonstrada por Silva Sanches, ao questionar se o Direito Penal, sob o paradigma liberal, seria “insustentável,

¹³ ADI n. 3.112, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 2/5/2007, DJe 26/10/2007, p. 28, RTJ, v. 206-02, p. 538.

por sua inadaptação ao atual estado de desenvolvimento sócio-econômico; insustentável, por seu idealismo ingênuo; insustentável, por seu arcaísmo, seu formalismo, sua lentidão, suas irritantes limitações práticas?”^{xxx}.

Para muitos, a incorporação da teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização produzirá – e, creio, tem produzido –, ao longo do tempo, mudanças ainda mais profundas na política criminal, viabilizando criminalizações pré-determinadas por uma Constituição penal dirigente e reduzindo o âmbito de liberdade legislativa. Silva Sánchez^{xxxI}, ao rechaçar a crítica de Schünemann às teses liberais radicais promovidas pela Escola de Frankfurt – baseada no argumento de que aquelas “seriam suspeitas agora que, pela primeira vez, o Direito Penal começa a afetar seriamente os poderosos” – argumenta que a preocupação garantista vem existindo no Direito Penal desde pelo menos há dois séculos.

E finaliza, lamentando ser “difícil impedir uma certa expansão do direito penal, dada a configuração e as aspirações das sociedades atuais”, ao mesmo tempo em que os princípios político-criminais sofrem uma perda acelerada de rigor^{xxxII}.

^I RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, set./out. 2006, p. 37.

^{II} ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37.

^{III} CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, prefácio, p. XII.

^{IV} CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 247.

^V CINQUENTA Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Org. Jürgen Schwabe, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 266-267.

^{VI} CINQUENTA Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Org. Jürgen Schwabe, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 265-266.

^{VII} CINQUENTA Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Org. Jürgen Schwabe, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 271.

^{VIII} CINQUENTA Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Org. Jürgen Schwabe, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 262-279.

- ^{IX} ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. RDA, v. 217, jul/set 1999, pg. 55-66.
- ^X ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. RDA, v. 217, jul/set 1999, pg. 55-66.
- ^{XI} ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ^{XII} HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- ^{XIII} GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 51.
- ^{XIV} CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 59-60.
- ^{XV} BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.^a edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 807.
- ^{XVI} GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 243-245.
- ^{XVII} RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, set./out. 2006, p. 20.
- ^{XVIII} RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, set./out. 2006, p. 20.
- ^{XIX} RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, p. 21, set./out. 2006.
- ^{XX} RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, p. 21, set./out. 2006.
- ^{XXI} RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 9-55, p. 21, set./out. 2006.
- ^{XXII} RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 14, n. 62, p. 23, set./out. 2006.
- ^{XXIII} DISSENHA, Rui Carlo. *Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais*. Tese de Doutorado. USP. Orientador: Celso Lafer, defendida em 15/4/2013.
- ^{XXIV} PIOVESAN, Flávia. Imunidade parlamentar: prerrogativa ou privilégio, *Folha de São Paulo*, p. A3, 4 de jul. de 2001 *apud* RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.
- ^{XXV} MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v.5: p. 43-68, 2014.

^{xxvi} MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011/995>>. Acesso em: 2/9/2017.

^{xxvii} MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade e revisão dos fatos e prognoses legislativos, In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 669.

^{xxviii} CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006, 2a tiragem., p. 101-28.

^{xxix} SILVA SANCHES, Jesús-María. Prólogo. In: BRAUM, Stefan. et al. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. XI.

^{xxx} SILVA SANCHES, Jesús-María. Prólogo. In: BRAUM, Stefan. et al. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. XII.

^{xxxi} SILVA SANCHES, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 149.

^{xxxii} SILVA SANCHES, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 156.